

## RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

### DOBLE ESCALA SALARIAL POR DECISIÓN UNILATERAL DE LA EMPRESA CON EFECTOS COLECTIVOS

*Sentencia del Tribunal Constitucional 36/2011, de 28 de marzo de 2011*

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** Las demandantes de amparo, delegadas de personal del centro de trabajo de The British Council en Valencia, interpusieron demanda de conflicto colectivo frente a la empresa, interesando la equiparación de las condiciones salariales de todos los trabajadores del referido centro de trabajo. Desde el inicio de su actividad en España la empresa venía asignando a los trabajadores, de forma unilateral y en un acto de mera liberalidad, un salario muy superior al establecido en el convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada. Estas retribuciones, que superan en alrededor de un 80 por 100 las establecidas en las tablas salariales del convenio aplicable (convenio estatal de sector de enseñanza y formación reglada), se adoptan siguiendo un sistema de remuneración tradicional británico, consistente en una escala de 13 niveles salariales, en los cuales se adscribía a los trabajadores en el momento de su contratación, ascendiéndose posteriormente en la escala en función de los años trabajados. Dicho esquema retributivo se ha venido actualizando periódicamente mediante decisiones empresariales consultadas con los representantes de los trabajadores. En las nóminas de estos trabajadores la empresa abona el salario base en la cuantía establecida en el convenio colectivo, recogiendo el resto de la retribución abonada que supera la del convenio como «mejora voluntaria».

A partir de 1994 la empresa decidió aplicar a los trabajadores de nueva contratación un nuevo sistema retributivo consistente en abonar los salarios por horas efectivamente trabajadas, siendo su cuantía igualmente superior a la del convenio colectivo aplicable (hasta en un 68 por 100), manteniendo el antiguo sistema de escalas salariales para los trabajadores contratados con anterioridad a 1994. Desde ese mismo año, en el centro de Valencia la empresa decidió no contratar a nuevo personal docente fijo, recurriendo únicamente a contrataciones temporales por obra o servicio para cada curso escolar.

\* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Ambos colectivos de personal docente realizaban las mismas funciones, ya que atendían a necesidades permanentes de la empresa, alternando entre sí las diversas actividades docentes. Esta realidad, base de las sucesivas renovaciones del personal temporal, motivó que se reclamase a la empresa el reconocimiento de dicho personal como fijo, lo que finalmente se logró en el centro de Valencia en el curso 2003-2004, tras la intervención de la Inspección de Trabajo. Sin embargo, en materia salarial se ha mantenido para estos trabajadores el sistema retributivo particular establecido con ocasión de su contratación, por lo que en la práctica se produce una situación de doble escala salarial. El litigio que da origen a esta Sentencia pretende acabar con este doble sistema de retribución, manteniendo el anteriormente existente como único.

**RESUMEN:** Planteada demanda de conflicto colectivo por las delegadas de personal de la empresa solicitando la equiparación salarial de todo el personal de la empresa por entender que la fecha de ingreso en la empresa no puede ser un criterio válido para aplicar tal desigualdad retributiva que, además se origina con la decisión de la empresa de hacer sólo contrataciones temporales y no indefinidas a partir de ese momento. Tanto la Sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de los de Valencia, de 28 de febrero de 2005, como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 27 de septiembre de 2005, que resuelve el recurso de Suplicación interpuesto por las demandantes, desestiman la pretensión en base a que la fuente que origina la desigualdad retributiva o doble escala salarial es una decisión unilateral de la empresa tomada en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, consistente en una retribución mucho más favorable que la recogida en el convenio colectivo aplicable e incorporada a los contratos de trabajo existentes hasta la fecha en que la empresa decide modificar el sistema retributivo y sus cuantías para los trabajadores de nuevo ingreso. Las citadas sentencias consideran, además, que no es aplicable en este caso el principio de igualdad que rige sólo para fuentes legales o convencionales.

Interpuesto recurso de amparo por las demandantes, al no ser admitido el recurso de casación por el Tribunal Supremo por falta de contradicción, es admitido y resuelto por la Sala Primera del Tribunal Constitucional, mediante la sentencia 36/2001, de 28 de marzo de 2011 (BOE 28 de abril), en la que ha sido ponente el Magistrado Don Javier Delgado Barrio. En el recurso sólo se somete a examen del Tribunal la violación del derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación por la situación de desigual retribución de los trabajadores en función de la fecha de entrada en la empresa que, además, se aplicaría a contratos temporales, por ser ésta la modalidad de contrato decidida por la empresa a partir de ese momento. La STC citada desestima el recurso de amparo acogiendo los mismos argumentos dados por el juzgador de instancia y por la Sala de Suplicación.

## **ÍNDICE:**

1. LA DECISIÓN UNILATERAL DE LA EMPRESA DE EFECTOS COLECTIVOS COMO FUENTE DE LA DOBLE ESCALA SALARIAL
2. AUTONOMÍA INDIVIDUAL VERSUS AUTONOMÍA COLECTIVA. LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA DE EFECTOS COLECTIVOS EN MATERIA SALARIAL
3. DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA EN EL ÁMBITO DE LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL

## **1. LA DECISIÓN UNILATERAL DE LA EMPRESA DE EFECTOS COLECTIVOS COMO FUENTE DE LA DOBLE ESCALA SALARIAL**

Siendo la doble escala salarial una materia que viene siendo objeto de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales ordinarios y constitucionales, el caso que nos ocupa supone como novedad en sede constitucional un sistema de doble escala salarial cuyo origen parece ser una decisión unilateral de la empresa de efectos colectivos, adoptada en el ámbito de la autonomía de la voluntad individual. Hasta ahora los pronunciamientos habidos por el Tribunal Constitucional (TC) en la materia lo han sido respecto de situaciones en las que se producía la desigualdad salarial a través de convenio colectivo, existiendo a día hoy una doctrina con perfiles cada vez más claros y sólidos al respecto, sobre lo que volveremos más adelante. La misma sentencia comentada reconoce expresamente la especial trascendencia constitucional del asunto, en relación con el art. 50.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que deriva de “la posibilidad que ofrece para completar y aclarar la doctrina constitucional relativa al contenido y alcance del derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales, en particular en materia de retribuciones, cuando, como en el presente caso, las diferencias retributivas cuestionadas no tienen su origen en un convenio colectivo, sino en una decisión unilateral del empresario, parece necesario comenzar por recordar las líneas fundamentales de la citada doctrina” (FJ 2).

Se plantea el TC como primera cuestión a analizar, a los efectos de realizar el control de constitucionalidad de la desigualdad retributiva en relación con el derecho a la igualdad consagrado en el art. 14 CE, si el origen de la desigualdad salarial es legal o convencional o el resultado de una decisión unilateral del empresario en el ámbito de su autonomía de la voluntad. Partiendo de los hechos declarado probados por la sentencia de instancia, inalterados por la sentencia que resuelve el recurso de suplicación frente a ésta, STSJ Valencia de 27 de septiembre de 2005, el TC toma como punto de partida de su análisis el de que la naturaleza jurídica de la mejora salarial y del posterior acuerdo celebrado entre la empresa y la representación unitaria sobre revisión de las cuantías, no son fruto de la negociación colectiva de las partes, sino que se trata de un nuevo sistema retributivo para los trabajadores de nueva contratación,

adoptado de forma unilateral por la empresa como acto de mera liberalidad.

La trascendencia de la naturaleza jurídica o la fuente u origen de la mejora salarial es un dato sustancial, ya que de la misma dependerá la posteriormente aplicación al supuesto de hecho del derecho a la igualdad del art. 14 CE o no, o sólo el principio de no discriminación. No tiene acogida, pues, en la sentencia la alegación de los demandantes de amparo de que dicho nuevo sistema retributivo tenía su origen en una pacto colectivo entre la empresa y los representantes de personal de la empresa, con efectos normativos, porque tal alegación no había sido mantenida ni acreditada, no ya en vía constitucional, sino en la propia vía judicial.

Con esta conclusión se da por zanjada la cuestión de la naturaleza jurídica de la mejora salarial o el tipo de fuente de la que proviene la misma. Sobre ello debemos hacer dos observaciones. La primera, que del relato de hechos de la sentencia de suplicación se derivan algunos datos que evidencian una cierta actividad de negociación colectiva entre las partes en relación con el sistema de retribución y sus revisiones anuales, basada sobre todo en un sistema de consultas y forma no escrita de lo decidido –salvo el último de mayo de 2004– desarrollándose así una mezcla de negociación informal con ciertos tintes de prácticas británicas de negociación colectiva. Pero la cuestión del origen convencional de esta mejora o simplemente otorgado por la empresa, no es una materia que debamos cuestionar aquí por no ser el objeto de análisis en la sentencia que comentamos<sup>1</sup>.

La segunda observación, mucho más significativa que la anterior desde mi punto de vista, es la de que la sentencia objeto de comentario en ninguno de sus fundamentos se refiere a la calificación de la mejora salarial y la decisión de aplicar una doble escala salarial como una condición más beneficiosa de efectos colectivos, pese a considerar su origen en la autonomía de la voluntad. En efecto, para analizar el origen de la mejora y de la desigualdad retributiva, el alto Tribunal se basa en las palabras textuales de las sentencias del Juzgado de lo Social y del Tribunal Superior de Justicia de las que trae causa –acto de

<sup>1</sup> A favor de la consideración de pacto negociado, en un supuesto similar, se pronuncia la STSJ Cataluña, 16 de abril de 1998, según la cual *“la superior retribución de los trabajadores que ingresaron en la empresa con anterioridad a abril de 1995 no deriva de una decisión unilateral del empresario sino de la existencia de unos pactos para mejorar la remuneración salarial prevista en el convenio, y que como tales pactos deben ser considerados fruto de la negociación colectiva de igual naturaleza jurídica a estos efectos que lo acordado en convenio colectivo. Siendo por supuesto irrelevante que no se encuentren recogidos por escrito, pues lo cierto es que se vienen aplicando de forma inmemorial y con carácter general y colectivo para el conjunto de los trabajadores sin consideración alguna a sus concretas circunstancias personales, o particularidades del puesto de trabajo, lo que impide otorgar a esta situación la calificación de condición más beneficiosa «ad personam» a favor de todos y cada uno de los trabajadores afectados por la supuesta decisión unilateral del empresario que a modo de pura liberalidad reconociera una retribución superior a la del convenio”*.

mera liberalidad que fue adoptado de forma unilateral por la empresa; y, una vez sentada esta premisa, el TC se refiere a la misma como “decisión de la empresa basada en su autonomía de la voluntad”. Se omite, pues, la utilización del calificativo de condición más beneficiosa, y su carácter colectivo, cuando en varias ocasiones se insiste en que los dos sistemas de retribución aplicados en la empresa –doble escala salarial pura, en función de la fecha de ingreso en la empresa– son más favorables o más beneficiosos para los trabajadores que el contemplado en el convenio colectivo de aplicación, porque la retribución es mucho más elevada en ambas escalas salariales.

Entiendo que ello puede deberse al hecho de evitar entrar en el análisis de una cuestión que podría haber dado como resultado la exigencia de aplicabilidad del canon de la igualdad en el supuesto enjuiciado, esto es, sobre si la condición más beneficiosa puede tener carácter colectivo o, por el contrario, permanece siempre en la esfera contractual individual aunque se aplique a la totalidad de los trabajadores.

Este, en cambio, no es un debate novedoso, pues tanto en sede doctrinal como jurisprudencial aún sigue en discusión y, como decimos, la sentencia que se comenta no lo menciona, pese a que las alegaciones de las demandantes de amparo podrían haber dado pie, aunque sea de forma indirecta, a entrar en el mismo, pues una de los elementos de discusión es la naturaleza colectiva o no de la fuente que adopta la doble escala salarial. Tampoco es, por otra parte, totalmente criticable la asepsia con la que el TC aborda las cuestiones que se plantean en el recurso, dado que éste parte de la afirmación de existencia de acuerdo colectivo entre las partes –no se plantea como premisa del reproche realizado por las demandantes de amparo la existencia de una condición más beneficiosa que pudiera tener carácter colectivo–, en tanto que los razonamientos del Alto Tribunal niegan tal existencia de pacto colectivo y analiza la desigualdad retributiva en sede de la autonomía de la voluntad individual y el derecho a la igualdad y a la no discriminación del art. 14 CE.

En la sentencia comentada, se entremezclan los aspectos colectivos e individuales relativos al objeto de análisis. En efecto, como hemos dicho, el TC considera que estamos ante un fruto de la autonomía individual, consistente en una mejora que la empresa unilateralmente ha otorgado a los trabajadores sin pacto o convenio que se lo imponga, por lo que dado que depende de la voluntad de la empresa, no tiene carácter colectivo sino individual. Pero por otro lado, esta decisión de la empresa se aplica a un colectivo de trabajadores (que en un principio eran todos los de la empresa, y posteriormente todos los que estaban vinculados con la misma antes de una determinada fecha), y con ella se determinan dos colectivos de trabajadores claramente determinados: los contratados antes de una determinada fecha, a los que se les aplica un determinado sistema de determinación de salarios, y los contratados con posterioridad, a los

que se les aplica otro sistema. Esto resulta contradictorio en sus mismos términos, pero también es necesario para el TC en orden a la consecuencia jurídica que de ello se deduce: a las fuentes colectivas les es de aplicación el principio de igualdad, mientras que a las fuentes no colectivas no se le aplica ese principio de igualdad, sino el más laxo principio de prohibición de discriminación (principio que permite un trato desigual, siempre que ese trato desigual no se base en uno de los motivos típicamente prohibidos por la norma: en razón de raza, sexo, origen, etc).

No obstante, puesto que el alcance del juicio de igualdad y no discriminación está directamente relacionado con la procedencia de la desigualdad de trato, no siendo indiferente a tales efectos que aquélla provenga de la autonomía contractual o de los poderes organizativos del empresario, que la misma proceda de una norma legal o de un convenio colectivo de eficacia normativa<sup>2</sup>, entiendo que es esto lo verdaderamente relevante en una situación como la enjuiciada, sobre todo en supuestos en los que la manifestación y aplicación concreta de la fuente individual en cuestión, pueda incidir en algunos aspectos propios de las fuentes colectivas. Por ello, seguidamente, abordamos algunas cuestiones sobre las relaciones entre ambos ámbitos de la autonomía, la individual y la colectiva, dentro del contexto del asunto enjuiciado.

## **2. AUTONOMÍA INDIVIDUAL *VERSUS* AUTONOMÍA COLECTIVA. LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA DE EFECTOS COLECTIVOS EN MATERIA SALARIAL**

Tomando como punto de partida la premisa sentada por la sentencia que comentamos en relación con que la doble escala salarial en este caso proviene de la autonomía individual de la empresa, sería oportuno, no obstante, hacer una valoración en cuanto a su relación con la esfera colectiva, y si los efectos colectivos de la medida empresarial merecerían o no ser objeto de una exigencia de aplicación del principio de igualdad.

En el asunto enjuiciado, todo el personal docente y administrativo del centro se rige por el V Convenio Colectivo estatal de enseñanza y formación no reglada, con vigencia de enero de 2003 a diciembre de 2005 (publicado en el BOE de 13 de febrero de 2004); en dicho convenio se recogen como retribuciones salariales el salario base –por categorías profesionales– el complemento de antigüedad y otros complementos para categorías funcionales como la de director, subdirector y jefe de estudios. Es de aplicación en todo el territorio

<sup>2</sup> F. Ballester Laguna, “Condición más beneficiosa y principios de igualdad y no discriminación”, Aranzadi Social (presentación), 2002.

nacional a las empresas del sector y no permite que se negocie en ámbitos inferiores algunas materias, entre las que no se encuentra la retribución del personal<sup>3</sup>.

Desde el inicio de su actividad, la empresa viene aplicando, según las sentencias de las que trae origen la que comentamos, de forma unilateral y en un acto de mera liberalidad un salario muy superior al establecido en el convenio colectivo de aplicación (más de un 80% de lo establecido en éste) a través de la adopción de un sistema de remuneración tradicional británico basado en escalas salariales en las que los trabajadores iban ascendiendo en función de los años trabajados. Dichas escalas salariales se iban actualizando mediante decisiones empresariales consultadas con los representantes de los trabajadores de la empresa. A partir de 1994, y según la sentencia, por razones económicas de la empresa, ésta decide cambiar el sistema de retribución que hasta ese momento aplicaba, adoptando uno nuevo que sólo sería de aplicación a los trabajadores de nuevo ingreso que, además, sólo serían contratados temporales según decisión de la empresa. El nuevo sistema de retribución para los trabajadores de nuevo ingreso, fijaba también unas retribuciones salariales superiores a las del convenio colectivo pero inferiores a las de los trabajadores contratados con anterioridad a dicho año; ese nuevo sistema fija la retribución no por escalas salariales sino por horas trabajadas.

Si ambos sistemas de retribución en la empresa, no habían sido objeto de negociación colectiva y, por tanto, no se consideran acuerdos de empresa ni pactos colectivos, tal como afirma la sentencia objeto de análisis, sino fruto de la autonomía de la voluntad individual de la empresa, cabría plantearse si dicha calificación jurídica resulta suficiente por sí misma para la no aplicación del derecho fundamental en ciernes –derecho a la igualdad–, sin más cuestionamientos de la legitimidad del ámbito individual para afectar aspectos colectivos de las relaciones laborales o si, por el contrario, el asunto requiere averiguar si la decisión aún tomada individualmente por la empresa presenta aspectos colectivos que habrían de ser tenidos en cuenta para valorar la violación o no del derecho a la igualdad. En definitiva, si el derecho a la igualdad podría ser exigible cuando la empresa adopta reglas o condiciones laborales de forma unilateral y voluntariamente con vocación de generalidad, aplicables al conjunto de trabajadores, en cuanto miembros de un grupo genérico, incluso tomando como punto de partida el principio aceptado jurisprudencialmente de que la autonomía individual de la empresa pueda establecer mejores condicio-

<sup>3</sup> Según el art. 1. del citado convenio: En los Convenios de ámbito inferior que pudieran negociarse a partir de la firma del presente Convenio, se excluirán expresamente de su negociación: periodo de prueba, clasificación de categorías profesionales, modalidades de contratación, excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de empresa, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica.

nes de trabajo que las derivadas de la ley o el convenio colectivo –no, en cambio, legitimada para crear unilateralmente condiciones de trabajo colectivas<sup>4</sup>–.

Avanzando, pues, en ese proceso de depuración de licitud y legitimidad de la decisión unilateral de la empresa para decidir mejoras de forma genérica condiciones de trabajo pactadas colectivamente, y en relación con el asunto objeto de la sentencia comentada, habría que concretar el tipo de actuación llevada a cabo por la empresa y si la misma se materializa como un acto de contratación individual en masa o, en caso negativo, en una condición más beneficiosa de efectos colectivos, para, con posterioridad, identificar la existencia o no de aspectos colectivos afectados.

La forma en cómo se produce en este caso la implantación de la doble escala salarial para los trabajadores de nuevo ingreso, no modificándose el sistema que regía para los que ya estaban contratados, hace que el supuesto se aleje de su consideración como “contratación individual en masa”, ya que no se trata de pactar un cambio de una condición de trabajo vigente, o de pactar en contrato individual una condición de trabajo nueva, en una relación contractual vigente, sino de modificar una condición de trabajo que se adoptó como decisión unilateral de la empresa, de aplicación sólo a los futuros contratos que se celebren, por lo que no se está modificando una condición de trabajo una relación laboral vigente. Si fuera así, la respuesta vendría dada por la aplicación de la doctrina constitucional sobre la ilicitud de la contratación individual en masa<sup>5</sup>, y por la necesidad de llevar a cabo tal cambio o modificación a través del procedimiento del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores<sup>6</sup>.

Como matización de lo anterior, no obstante, entiendo que la decisión inicial de aplicar un sistema retributivo a todos los trabajadores diferente al establecido en el convenio colectivo, sí podría considerarse tal contratación individual en masa porque no se trataría sólo de incrementar los salarios, sino de establecer un sistema salarial diferente, que tendría en cuenta la antigüedad del trabajador de modo diferente al establecido en el convenio colectivo, aun-

<sup>4</sup> Vid. En este sentido la STC 107/2000 y 225/2010, en las que se niega esta posibilidad de crear condiciones de trabajo colectivas al ámbito individual por suponer un desconocimiento del derecho a la negociación colectiva.

<sup>5</sup> STC 105/1992, “que zanjó la posibilidad de un uso «masivo» de la autonomía individual como mecanismo de sustitución de la negociación”, M. F. Fernández López, “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, Revista de Trabajo y Bienestar Social, Temas Laborales, 76/2004, p. 168.

<sup>6</sup> En este sentido se pronuncian las sentencias de TSJ C. Valenciana de 13 enero de 2009, JUR 2009\252855; TSJ Cataluña de 28 julio de 2007, AS 2007\904; y del mismo tribunal la sentencia de 16 de febrero de 2005, AS 2005\1320; TSJ País Vasco, de 1 octubre 2002. AS 2003\2188; TSJ Navarra de 1 de 31 diciembre. AS 2002\165; entre otras.



que suponga a su vez un incremento considerable de los salarios<sup>7</sup>; pero abordar aquí esa cuestión nos haría alejarnos del tema enjuiciado en la sentencia objeto de comentario.

Por tanto, descartando la posibilidad de que estemos ante una contratación individual en masa, la concreción jurídica de lo que la sentencia del Alto Tribunal denomina ‘autonomía de la voluntad individual de la empresa’ sería la de condición más beneficiosa de efectos colectivos. En este caso se cumplirían los requisitos jurisprudenciales para ser considerada como tal ya que al tratarse de una materia cuantificable se puede observar claramente el mayor beneficio para los trabajadores<sup>8</sup>, existiendo la voluntad empresarial de conceder la mejora<sup>9</sup>, aplicada durante años por igual a todos los trabajadores de la empresa, dicha condición laboral, en este caso el sistema retributivo y su cuantía, tiene su origen en la concesión unilateral y se incorpora, por la regularidad en su disfrute y la persistencia en el tiempo, al nexo contractual<sup>10</sup>.

Siendo así, esta manifestación de la autonomía individual permitiría a la empresa disponer de su otorgamiento o no a las nuevas contrataciones, que es lo que sucede en el caso enjuiciado a través de una modificación de las cuantías salariales para los trabajadores de nuevo ingreso, sin que a este ámbito individual de las relaciones laborales privadas, según la jurisprudencia ordinaria y constitucional, le sea de aplicación el principio de igualdad, aunque sí el de prohibición de discriminación.

Esta es la posición que mantiene el TC en la sentencia que comentamos, en la que se argumenta sobre la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad y su subsistencia en el ámbito de las relaciones laborales, pese a estar fuertemente limitado. Es esa eficacia, según la sentencia, en relación con el

<sup>7</sup> En este sentido, cabe recordar que la STC 107/2000 anula la contratación individual en masa llevada a cabo por la empresa, pero curiosamente deja vigente la ventaja jurídica que la misma conllevaba.

<sup>8</sup> El tratamiento de favor para el trabajador o trabajadores afectados por la regulación contractual, entendida como ventaja jurídica es uno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para considerar la existencia de condición más beneficiosa. En este sentido la STS 12 de enero de 1978, RJ 1978/ 123.

<sup>9</sup> Según el TS ni es suficiente con que el beneficio se disfrute reiteradamente en el tiempo, ni es precisa esa nota de duración o permanencia para que exista la obligación; lo esencial radica en determinar si ha habido un acto de voluntad empresarial de obligarse para el futuro. Vid. Las SSTS de 18 de septiembre de 2001, RJ 2002, 590; 30 de mayo de 2001, RJ 2001, 5457; 19 de marzo de 2001, RJ 2001, 4104; 29 de marzo de 2000, RJ 2000, 3134; 25 de octubre de 1999, RJ 1999, 8402; 30 de diciembre de 1998, RJ 1999, 454; 27 de mayo de 1998, RJ 1998, 4933; 11 de marzo de 1998, RJ 1998, 2562; 31 de mayo de 1995, RJ 1995, 4012; 25 de enero de 1995, RJ 1995, 410; 21 de febrero de 1994, RJ 1994, 1216; 20 de diciembre de 1993, RJ 1993, 9974; entre otras.

<sup>10</sup> Vid. entre otras, SSTS de 9 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 8029); STS de 8 de julio de 1996 (RJ 1996, 5761); STS de 17 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 8276). Sobre los requisitos jurisprudenciales de la condición más beneficiosa, vid. T. Díaz Arnarte, “El debate en torno al origen legítimo de condiciones más beneficiosas”, *Aranzadi Social* 55/2009.

principio de igualdad en materia retributiva la que deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida, pues, en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad<sup>11</sup>

Pero con la aplicación de esta doctrina, sin más cuestionamientos, la sentencia obvia entrar en los posibles aspectos colectivos que se pueden derivar de una condición más beneficiosa de efectos colectivos. En efecto, la sentencia parte de que la condición de que estamos hablando es fruto de la autonomía de la voluntad de carácter individual, y aplica a su enjuiciamiento los parámetros propios de los contratos privados, también admisibles, con sus limitaciones, en el Derecho del Trabajo. Dado que, como contrato privado, no vulnera el convenio colectivo, porque lo mejora, las partes son libres de establecer su contenido y su alcance, siempre que no se produzca una discriminación (entendida ésta como un trato desigual basado en una causa prohibida expresamente por el ordenamiento jurídico).

Este argumento sería admisible si realmente se tratase de una condición más favorable establecida a favor de uno o unos pocos trabajadores concretos, caracterizados individualmente. Pero entiendo que no es el caso; la condición más favorable de la que hablamos es algo que afecta a todos los trabajadores de la empresa (en un momento anterior a la decisión de la empresa que establece la diferenciación), y que en consecuencia, cada uno de los trabajadores de la misma puede exigir su cumplimiento para sí mismo, argumentando que es una condición de trabajo aplicable a todos los trabajadores, es decir, colectiva.

Después del momento de la diferenciación (es decir, de la decisión de la empresa que produce la diferenciación) el asunto sigue siendo colectivo, puesto que existen dos grupos de trabajadores con condiciones de trabajo distintas entre sí, entre los grupos, pero no distintas entre los miembros de cada uno de los grupos. Es decir existen dos grupos indiferenciados o genéricos de trabajadores, identificables por su pertenencia a cada uno de los grupos; el aspecto colectivo del tema tratado aparece claramente.

Por añadidura, este aspecto colectivo es lo que convierte en adecuado el procedimiento seguido en la instancia (el de conflicto colectivo, no el de reclamaciones individuales o plurales), aceptado implícitamente por los órganos jurisdiccionales en tanto no se ha rechazado por inadecuación de procedimien-

<sup>11</sup> Con cita de otras SSTC 34/1984, de 9 de marzo, FJ 2; 2/1998, de 12 de enero, FJ 2; 74/1998, de 31 de marzo, FJ 2; 119/2002, de 20 de mayo, FJ 6, y 39/2003, de 27 de febrero, FJ 4.

to, pero al entrar en el fondo del asunto, éste se ve sólo desde el prisma de la autonomía individual y es analizada sólo con técnicas propias de la autonomía individual una situación que es realmente colectiva, y que debería ser analizada con técnicas propias de la autonomía colectiva. Lo aplicable al supuesto comentado no debería ser sólo la prohibición de discriminación, sino también el principio de igualdad.

No es una cuestión cerrada las interferencias que se producen entre las fuentes de la relación laboral, como puede ser la relación ley convenio colectivo o, como en la materia analizada aquí, entre la autonomía colectiva y la autonomía individual. Prueba de ello es la permanente judicialización de la materia, con amplia casuística. En particular, la relación entre negociación colectiva y condición más beneficiosa ha dado lugar a una cambiante jurisprudencia al respecto y, en lo que aquí interesa destacar, por lo que se refiere al carácter colectivo o no de las condiciones más beneficiosas de efectos colectivos<sup>12</sup>, y es que son numerosos los interrogantes jurídicos que plantea esta materia; basta observar su ya complejo origen histórico y posterior evolución en los que no nos podemos detener aquí<sup>13</sup>.

El carácter colectivo o no de la condición más beneficiosa de efectos colectivos es algo todavía objeto de análisis doctrinal y jurisprudencial, que en un ejercicio de simplificación vendría a consistir en que admitir su carácter colectivo supondría situarnos en la esfera de la negociación colectiva lo que impediría un ámbito propio, por muy reducido que sea, a la fuente individual, pero a su vez negar la existencia de aspectos colectivos en las condiciones más beneficiosas supone o puede suponer que el ámbito individual sea un espacio de fijación o modificación de reglas colectivas, siempre que no impidan el desarrollo paralelo de la negociación colectiva, asumiendo así lo que no es competencia de este ámbito individual, pero por enmarcarse dentro del mismo incluso sus efectos colectivos quedan atrapados en él.

Pero más allá de la solución a esta compleja relación, que en su mayor parte habrá de ser casuística, entiendo que estando en juego la aplicación de los derechos fundamentales se debería evitar la tendencia a dar soluciones jurídicas únicas y cerradas y, lo que es peor, a mantenerlas congeladas, cuando se trata de interpretar situaciones fácticas cuyo desarrollo y evolución en la práctica caminan más deprisa que su sistematización jurídica.

La condición más beneficiosa, siendo el producto de una fuente individual y negándole en todo caso su carácter de fuente colectiva, no obstante puede

<sup>12</sup> Sobre la materia y la jurisprudencia del TS al respecto, véase el clarificador estudio elaborado por M. A. Falguera Baró, *La dobles escalas salariales en función de la fecha de ingreso del trabajador y el derecho a la igualdad*, Editorial Bomarzo, 2007, con cita en este punto de las SSTs de 18-09-2000, RJ 2000/7645; 23-09-2003, RJ 2003/8378; 28-04-2005, RJ 2005/5727; entre otras.

<sup>13</sup> Al respecto, vid. la ilustrativa STS 30/12/1998, RJ 1999/454, que relata dicho origen y evolución.

tener consecuencias colectivas que habrán de ser examinadas en cada caso a la luz de los parámetros propios del ámbito colectivo y no individual. Un ejemplo de ello lo tenemos en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores cuando a las decisiones unilaterales de la empresa de efectos colectivos se le aplican criterios colectivos para su modificación. Esto es, una solución específica para una situación específica, sin necesidad de acudir a calificaciones abstractas y generales.

### **3. DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA EN EL ÁMBITO DE LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL**

La consecuencia de observar la autonomía individual de la voluntad en toda su extensión, y en todo caso, dentro de parámetros individuales, por más que en ocasiones se despliegue con unos efectos de generalidad, hace que en este caso el control de constitucionalidad de la medida empresarial no se pueda llevar a cabo por la aplicación de la doctrina constitucional -coincidente con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo- de la no aplicación del principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE, “Dado que en el presente supuesto no nos encontramos en presencia de una diferencia de trato establecida por la Ley o por el producto normativo resultante del ejercicio de la autonomía colectiva, el análisis de la desigualdad salarial denunciada habrá de realizarse desde la prohibición de discriminación, en la medida en que quepa apreciar que tal desigualdad responde a alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los trabajadores o a un criterio de intrínseca inadmisibilidad constitucional análoga a la de los allí contemplados” (FJ 4).

Es en la sede del principio de prohibición de discriminación en el que la sentencia comentada examina si la medida empresarial es adoptada de forma discriminatoria, por algunas de las causas que recogidas en el art. 14 CE, o en el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores, llegando a la conclusión de que no existe discriminación por ninguna de estas causas, ya que “una diferencia salarial basada en la fecha de contratación no puede considerarse incurso en alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o por la ley. En efecto, ni se trata de una de las causas listadas en el art. 14 CE o en el art. 17 LET, ni constituye un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en dichos preceptos, encuadrable en la cláusula genérica del art. 14 CE referida a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (FJ 5).

Este pronunciamiento constitucional no viene a significar un cambio o giro en la doctrina elaborada hasta ahora por el TC en materia de doble escala

salarial<sup>14</sup>, toda vez que dicha doctrina se viene desarrollando hasta ahora en situaciones de desigualdades salariales producidas en el ámbito de normas pactadas o convencionales, por lo que se podría afirmar que, más bien, la ahora analizada es continuista de dicha doctrina.

Pero, por otro lado, tampoco podemos extraer como conclusión que todo caso de doble escala salarial cuyo origen se encuentre en el ámbito de la autonomía de la voluntad individual, por mor de una condición más beneficiosa de efectos colectivos, la respuesta constitucional haya de ser la de no vinculación del principio de igualdad, aunque sí el de prohibición de discriminación. Y ello porque el recurso que resuelve la sentencia 36/2011 parte de la premisa, incorrecta según los autos, de que la doble escala salarial se establece en un pacto colectivo. De haberse probado tal alegación, sin duda el Alto Tribunal habría entrado a valorar el grado de cumplimiento del derecho a la igualdad en la adopción de la medida salarial diferenciadora, ya que “ni la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al art. 14 CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles”<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Sobre dicha doctrina constitucional en materia de doble escala salarial, véase M. A. Falguera Baró, *La dobles escalas salariales en función de la fecha de ingreso del trabajador y el derecho a la igualdad*, Editorial Bomarzo, 2007; F. J. Gualda Alcalá, “Una aproximación a la reciente doctrina constitucional sobre la doble escala salarial”, *Revista de Derecho Social* 20/2002; J. Luján Alcaraz, “Dobles escalas salariales”, *Aranzadi Social* 11/2005; M. A. Luelmo Millán, “La doble escala salarial en la negociación colectiva”, *Aranzadi Social* 2005; entre otros.

<sup>15</sup> STC 27/2004, de 4 de marzo, FJ 4.